

Insolvenzarbeitskreis OWL

Vorsatzanfechtung auf dem Prüfstand – Bestandsaufnahme und Reformdiskussion

Prof. Dr. Florian Jacoby
Bielefeld, 26. August 2014

- I. Einführung
- II. Fallgruppen der Vorsatzanfechtung allgemein
- III. Bestandsaufnahme zur Deckungsanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO
 1. Ausgangspunkt
 2. Druckzahlungen (Zwangsvollstreckung, Insolvenzantrag)
 3. Bargeschäfte
 4. Sanierungsbemühungen
 5. Ratenzahlungsvereinbarungen
 6. Vorsicherschieben einer Bugwelle
 7. Sicherheitenverwertung
- IV. Fazit und Ausblick

- **§ 133 Abs. 1 S. 1 InsO:**
Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.
- **Schema:**
 - Objektiver Tatbestand
 - Rechtshandlung des Schuldners
 - Zehnjahresfrist
 - Subjektiver Tatbestand
 - Benachteiligungsvorsatz des Insolvenzschuldners (d.e.)
 - Kenntnis des Anfechtungsgegners (Vermutung § 133 Abs. 1 S. 2 InsO)

- Der Koalitionsvertrag stellt *„das Insolvenzanfechtungsrecht im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs auf den Prüfstand“*.
- Rechtsausschuss des Bundestags nutzt die öffentliche Anhörung über RegE zum Konzerninsolvenzrecht am 2. April 2014, um die Vorsatzanfechtung zu erörtern.
- Am 3. April 2014 spricht der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz zur Eröffnung des 11. Deutschen Insolvenzrechtstags von *„Ergebnissen der Insolvenzanfechtung, bei denen man sich fragen kann, ob den legitimen Erwartungen und Interessen der Beteiligten noch hinreichend Rechnung getragen wird“*.

- Einzelaspekte
 - § 133 Abs. 1 InsO
 - Verkürzung der Zehnjahresfrist?
 - Beschränkung der Beweiserleichterung in Abs. 1 S. 2 (Berücksichtigung von „Alternativverhalten“)
 - § 143 InsO: Zinsen
 - Anreizstruktur für Verwalter (Vergütung, Haftung)
 - (...)
- Alternative:
Totalrevision des Insolvenzanfechtungsrechts

II. Fallgruppen der Vorsatzanfechtung allgemein

1. Deckungsanfechtung (vgl. §§ 130 f. InsO)
2. Anfechtbarkeit gegenüber Leistungsmittlern
3. Unmittelbar nachteilige Verträge
(vgl. §§ 132, 133 Abs. 2 InsO)
4. Sondervorteil für den Insolvenzfall
(„insolvenzabhängige Klauseln“)

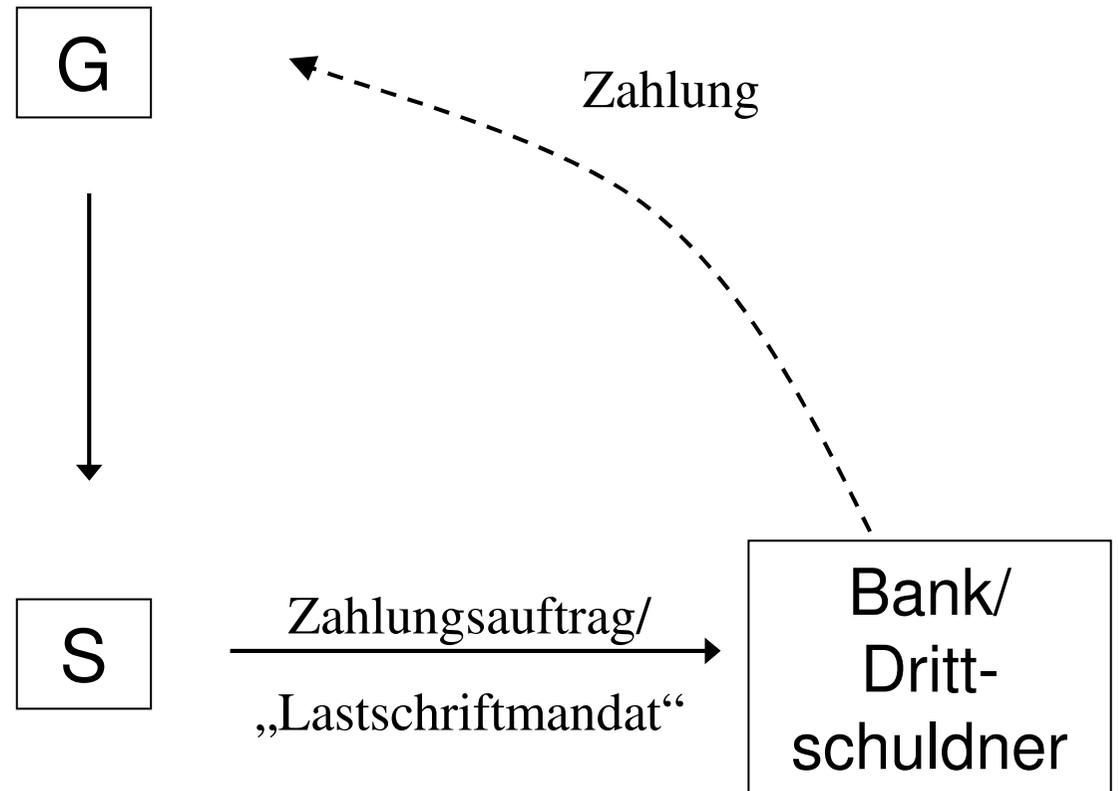
1. Deckungsanfechtung

Leitenscheidung: BGHZ 155, 75 = ZIP 2003, 1506

1. Eine Zahlung, die der Schuldner zur Abwendung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen an den Gerichtsvollzieher leistet, ist eine **Rechtshandlung des Schuldners**.
4. Einem Schuldner, der weiß, dass er nicht alle seine Gläubiger befriedigen kann, und der Forderungen eines einzelnen Gläubigers vorwiegend deshalb erfüllt, um diesen von der Stellung eines Insolvenzantrages abzuhalten, kommt es nicht in erster Linie auf die Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten, sondern auf die **Bevorzugung dieses einzelnen Gläubigers** an; damit nimmt er die **Benachteiligung der Gläubiger** im allgemeinen in Kauf.

2. Anfechtbarkeit gegen Leistungsmittler

1. BGH ZIP 2008, 190: Veranlasst der spätere Insolvenzschuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz seinen Schuldner, unmittelbar an seinen Gläubiger zu zahlen, kommt die Vorsatzanfechtung auch gegen den Angewiesenen in Betracht.
2. BGH ZIP 2012, 1038: Ein uneigennütziger Treuhänder unterliegt der Vorsatzanfechtung, wenn er nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ihm überlassene Geldbeträge vereinbarungsgemäß an bestimmte, bevorzugt zu befriedigende Gläubiger des Schuldners weiterleitet.
3. BGH ZIP 2013, 371: Die für die Vorsatzanfechtung von Zahlungen des Schuldners an Dritte gegenüber seiner kontoführenden Bank als Leistungsmittlerin erforderliche Kenntnis der Bank vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners liegt nicht allein deshalb vor, weil die Bank die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kennt.



Deckungsanfechtung gegen Leistungsempfänger

- BGH ZIP 2013, 371: Die Vorsatzanfechtung gegenüber einem Leistungsmittler setzt nicht die **Anfechtbarkeit** der Leistung auch **gegenüber dem Leistungsempfänger** voraus.
- BGH ZIP 2012, 1038 Rn. 15: Im Innenverhältnis **schuldet** der befriedigte **Leistungsempfänger** (Gläubiger) nach § 426 Abs. 1 BGB die Rückgewähr des mittelbar an ihn geleisteten Geldes allein. Diese **Regressmöglichkeit** mildert das anfechtungsrechtliche Haftungsrisiko eines nach § 133 Abs. 1 InsO bösgläubigen **Leistungsmittlers** des Schuldners in interessengerechter Weise.
- BGH ZIP 2013, 2262 Rn. 8: Die einzelnen Zahlungen waren durch eine **Rechtshandlung des Schuldners** veranlasst, wenn er - wie im Streitfall tatsächlich geschehen - seinen Vater angewiesen hatte, mittelbare Zuwendungen an den Beklagten zu bewirken. [...] Es hätte an einer Rechtshandlung des Schuldners gefehlt, sofern sein Vater ohne Veranlassung und nähere Kenntnis des Schuldners im ausschließlichen Interesse der Befriedigung des Beklagten aus eigenem Vermögen die Überweisungen vorgenommen hätte.

3. Unmittelbare Benachteiligungen

- Abschluss nachteiliger Verträge
 - Vgl. § 133 Abs. 2 S. 1 InsO: Anfechtbar ist ein vom Schuldner **mit einer nahestehenden Person** (§ 138) geschlossener entgeltlicher Vertrag, durch den die Insolvenzgläubiger **unmittelbar benachteiligt** werden.
 - Abs. 1 gilt auch für Abschlüsse mit sonstigen Vertragspartnern.
- Abschluss nachteiliger Änderungsvereinbarungen
 - Vgl. BGH ZIP 2014, 1595 Rn. 19: Ein Abänderungsvertrag stellt allerdings dann keine wirksame Kongruenzvereinbarung für spätere Direktzahlungen dar, wenn er seinerseits anfechtbar ist.

4. Insolvenzabhängiger Sondervorteil

- Gezielte Gewährung eines Sondervorteils für den Insolvenzfall (BGH ZIP 2013, 2368 Rn. 7, 14 ff.)
 - Insolvenzabhängige Klauseln
 - Entschädigungsloser Heimfall eines Erbbaurechts im Insolvenzfall (BGH ZIP 2007, 1120 Rn. 27 ff.)
 - Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln löst BGH allerdings über § 119 InsO (BGH ZIP 2013, 274)
- Abgrenzung zu Sondervorteilen, die auch außerhalb der Insolvenz greifen
 - Sicherheiten (BGH ZIP 2013, 2368 Rn. 7; ZIP 2009, 922)
 - Insolvenzunabhängige Klauseln (wichtiger Grund)

III. Bestandsaufnahme zur Deckungsanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO

1. Ausgangspunkt
2. Druckzahlungen (Zwangsvollstreckung, Insolvenzantrag)
3. Bargeschäfte
4. Sanierungsbemühungen
5. Ratenzahlungsvereinbarungen
6. Vorsicherschieben einer Bugwelle
7. Sicherheitenverwertung

1. Ausgangspunkt

- **§ 133 Abs. 1 S. 1 InsO:**
Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.
- **Schema:**
 - Objektiver Tatbestand
 - Rechtshandlung des Schuldners
 - Zehnjahresfrist
 - Subjektiver Tatbestand
 - Benachteiligungsvorsatz des Insolvenzschuldners (d.e.)
 - Kenntnis des Anfechtungsgegners (Vermutung § 133 Abs. 1 S. 2 InsO)

BGH ZIP 2013, 2368 Rn. 7:

- Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung können - weil es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt - meist nur mittelbar **aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden**.
[Beweisanzeichen: (drohende) Zahlungsunfähigkeit, Inkongruenz]
- Soweit dabei Rechtsbegriffe betroffen sind, muss deren Kenntnis außerdem oft aus der Kenntnis von **Anknüpfungstatsachen** erschlossen werden
[vgl. § 130 Abs. 2 InsO].
- Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass solche Tatsachen nur mehr oder weniger gewichtige **Beweisanzeichen** darstellen, die eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich machen und nicht schematisch im Sinne einer vom anderen Teil zu widerlegenden Vermutung angewandt werden dürfen. [seit BGH ZIP 2009, 1966]
- Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung hat der Tatrichter **gemäß § 286 ZPO unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles** auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen.

BGH ZIP 2013, 79 Rn. 7:

- Der Schuldner handelt mit Benachteiligungsvorsatz, wenn er die Benachteiligung der Gläubiger als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigt.
- Kennt der Schuldner seine **Zahlungsunfähigkeit**, kann daraus nach ständiger Rechtsprechung auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. In diesem Fall weiß der Schuldner, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen.
- Auch die nur **drohende Zahlungsunfähigkeit** stellt nach der Rechtsprechung des Senats ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners dar, wenn sie ihm bei der Vornahme der Rechtshandlung bekannt war.
- In diesen Fällen handelt der Schuldner dann nicht mit Benachteiligungsvorsatz, wenn er aufgrund **konkreter Umstände** - etwa der sicheren Aussicht, demnächst Kredit zu erhalten oder Forderungen realisieren zu können - mit einer baldigen Überwindung der Krise rechnen kann. Droht die Zahlungsunfähigkeit, bedarf es konkreter Umstände, die nahe legen, dass die Krise noch abgewendet werden kann.

BGH ZIP 2013, 2323 (vgl. auch BGH ZIP 2013, 2015):

- [15] Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des **§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO** kann eine **Liquiditätsbilanz** aufgestellt werden, bei der die verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen sind zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 vom Hundert oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist.
- [17] Im Insolvenzanfechtungsprozess ist die Erstellung einer Liquiditätsbilanz nicht erforderlich, wenn auf andere Weise festgestellt werden kann, ob der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte. Hat der Schuldner seine **Zahlungen eingestellt**, begründet dies auch für die Insolvenzanfechtung gemäß **§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO** die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit. Die **tatsächliche Nichtzahlung** eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung selbst dann aus, wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen.

Beweisanzeichen

Drohende Zahlungsunfähigkeit

- BGH ZIP 2013, 174 Rn. 14: Auch die nur drohende Zahlungsunfähigkeit stellt ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners dar, wenn sie ihm bei der Vornahme der Rechtshandlung bekannt war.
Droht die Zahlungsunfähigkeit, bedarf es konkreter Umstände, die nahe legen, dass die Krise noch abgewendet werden kann.
- BGH ZIP 2014, 183: In die Prognose, die bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen ist, sind auch Zahlungspflichten einzubeziehen, deren Fälligkeit im Prognosezeitraum nicht sicher, aber überwiegend wahrscheinlich ist.
- BGH ZIP 2014, 1289: Ist eine unstreitige Forderung für eine **begrenzte Zeit** gestundet oder nicht ernsthaft eingefordert, kann sie bei der Prognose, ob drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, gleichwohl zu berücksichtigen sein.

Bedeutung (drohende) Zahlungsunfähigkeit (Kritik am BGH)

- Anknüpfung an Zahlungsunfähigkeit
 - Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO
 - Zahlungsverbot des § 64 GmbHG
 - Deckungsanfechtung nach §§ 130 f. InsO, insbesondere § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO
- Anknüpfung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO
 - Passend bei sonstigen Fällen der Vorsatzanfechtung (unmittelbare Benachteiligung, insolvenzabhängiger Sondervorteil etc.)
 - Unpassend bei Deckungsanfechtung, vgl. die Kritik an Rechtsprechung etwa bei Bork ZIP 2014, 797, 808, 810; Ganter, WM 2014, 49 f.

- BGH ZIP 2009, 1966 Rn. 10: Soweit es um die Kenntnis des Gläubigers von einer zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geht, muss deshalb darauf abgestellt werden, ob sich die schleppende, möglicherweise erst unter dem Druck einer angedrohten Zwangsvollstreckung erfolgende oder auch ganz ausbleibende Tilgung der Forderung des Gläubigers bei einer Gesamtbetrachtung der ihm bekannten Umstände, insbesondere der Art der Forderung, der Person des Schuldners und des Zuschnitts seines Geschäftsbetriebs als ausreichendes Indiz für eine solche Kenntnis darstellt.
- BGH WM 2010, 1756 Rn. 10: Die Rückgabe von Lastschriften stellt ein erhebliches Beweisanzeichen für eine drohende Zahlungsunfähigkeit dar

- **BGH ZIP 2013, 2262:** Bewirkt der Schuldner eine Überweisung, indem er eigene Mittel über das Konto seines Vaters einem Gläubiger zuwendet, so kann sich dieser als Anfechtungsgegner nicht der Möglichkeit verschließen, dass die Zahlung auf einer Rechtshandlung des Schuldners beruht und die Gläubigergesamtheit benachteiligt.
- **BGH ZIP 2013, 2113:** Wird der Gläubiger tatsächlich durch eine Zahlung des Schuldners befriedigt, hat er von dessen Benachteiligungsvorsatz Kenntnis, wenn er um die Willensrichtung des Schuldners weiß und nach allgemeiner Erfahrung eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung des Schuldners zugrunde legen muss.

- **BGH ZIP 2013, 685 Rn. 4:** Beauftragt eine Behörde oder ein Sozialversicherungsträger eine andere zuständige Behörde mit der Vollstreckung fälliger Forderungen mit der Folge, dass diese für das Vollstreckungsverfahren als Gläubigerin der Forderung fingiert wird, muss sich die ersuchende Behörde das Wissen des Sachbearbeiters der ersuchten Behörde zurechnen lassen.
- **BGH ZIP 2013, 174 Rn. 26:** Ein vom Gläubiger mit der Durchsetzung einer Forderung gegen den späteren Insolvenzschuldner beauftragter Rechtsanwalt ist Wissensvertreter des Gläubigers, soweit er sein Wissen aus allgemein zugänglichen Quellen erlangt oder es über seine Internetseite selbst verbreitet hat.

2. Druckzahlung

Leitenscheidung: BGHZ 155, 75 = ZIP 2003, 1506

1. Eine Zahlung, die der Schuldner zur Abwendung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen an den Gerichtsvollzieher leistet, ist eine **Rechtshandlung des Schuldners**.
4. Einem Schuldner, der weiß, dass er nicht alle seine Gläubiger befriedigen kann, und der Forderungen eines einzelnen Gläubigers vorwiegend deshalb erfüllt, um diesen von der Stellung eines Insolvenzantrages abzuhalten, kommt es nicht in erster Linie auf die Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten, sondern auf die **Bevorzugung dieses einzelnen Gläubigers** an; damit nimmt er die **Benachteiligung der Gläubiger** im allgemeinen in Kauf.

a) Rechtshandlung

BGH ZIP 2011, 531 Rn. 5:

- Nach gefestigter Rechtsprechung fehlt es grundsätzlich an einer Schuldnerhandlung, wenn ein Gläubiger eine **Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung** erlangt.
- Anfechtbar ist eine im Rahmen oder aus Anlass einer Zwangsvollstreckung erfolgte Vermögensverlagerung aber dann, wenn dazu zumindest auch **eine Rechtshandlung des Schuldners beigetragen** hat, mag diese auch unter dem Druck oder zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt sein.
 - Hat der Schuldner allerdings nur noch die Wahl, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch die bereits anwesende, vollstreckungsbereite Vollziehungsperson zu dulden, ist jede Möglichkeit zu einem selbstbestimmten Handeln ausgeschlossen. Dann fehlt es an einer willensgeleiteten Rechtshandlung des Schuldners. Zahlungen des Schuldners an den anwesenden, vollstreckungsbereiten Vollziehungsbeamten erfüllen danach regelmäßig nicht die Voraussetzungen einer eigenen Rechtshandlung des Schuldners im Sinne von § 133 Abs. 1 InsO.
 - Anderes gilt nur, wenn der Schuldner wegen der Besonderheiten des Falles erwarten konnte, ein zwangsweiser Zugriff des Vollziehungsbeamten werde nicht sogleich möglich sein. Der Vortrag solcher Besonderheiten obliegt dem Insolvenzverwalter, weil er als Kläger die anspruchsbegründenden Voraussetzungen, zu denen auch die Rechtshandlung des Schuldners gehört, darzulegen hat.

- BGH ZIP 2014, 35: Eine **vom Schuldner veranlasste Banküberweisung** ist eine Rechtshandlung, auch wenn zuvor zu Gunsten des Zahlungsempfängers der Anspruch auf Auszahlung des Bankguthabens gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurde.
Beachte allerdings: ggf. **keine Gläubigerbenachteiligung** wegen insolvenzfestem Pfändungspfandrecht (BGH ZIP 2012, 2513).
- BGH ZIP 2012, 1422: Stellt ein Schuldner **einen Scheck aus** und übergibt diesen einem anwesenden und vollstreckungsbereiten Vollziehungsbeamten, so beruht die durch Einlösung des Schecks erfolgte Zahlung auch dann auf einer Rechtshandlung des Schuldners, wenn der Vollziehungsbeamte ohne die Ausstellung des Schecks erfolgreich in das sonstige Vermögen des Schuldners vollstreckt hätte.

- BGH ZIP 2011, 531: Pfändet ein Gläubiger den Kassenbestand des Schuldners oder wendet der Schuldner eine sonst unvermeidliche Kassenpfändung durch Zahlung an den anwesenden Vollziehungsbeamten ab, liegt eine Rechtshandlung des Schuldners vor, wenn er zuvor die Kasse in Erwartung des Vollstreckungsversuchs gezielt aufgefüllt hat, um eine Befriedigung des Gläubigers zu ermöglichen.
- BGH ZIP 2014, 35: Ein Pfändungspfandrecht kann der Vorsatzanfechtung unterliegen, wenn der **Schuldner die Entstehung des Pfandrechts** zielgerichtet gefördert hat.

- BGH ZIP 2011, 531 Rn. 9 f.: Es kann Rechtshandlungsqualität haben, wenn der Schuldner die Durchsuchung seiner Wohn- oder Geschäftsräume hinnimmt, ohne auf einer richterlichen Durchsuchungsanordnung zu bestehen. Allerdings muss dafür festgestellt sein, dass der Schuldnerin die Möglichkeit bewusst gewesen war, einen sofortigen Vollstreckungszugriff durch die Forderung nach einer richterlichen Durchsuchungsanordnung verhindern zu können, zumal eine Durchsuchung auch ohne richterliche Anordnung erfolgen kann, wenn ihre Einholung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde (§ 287 Abs. 4 Satz 2 AO). Ohne das Bewusstsein des Schuldners, durch das Unterlassen einer möglichen Handlung die anstehende Vermögensverlagerung auf den gerade vollstreckenden Gläubiger zu fördern, kann eine Unterlassung aber nicht Anknüpfungspunkt einer Vorsatzanfechtung sein.
- BGH ZIP 2014, 275 („Dulden von Zahlungen der Drittschuldner auf gepfändetes Konto“): Unterlässt es der Schuldner, dessen Konten durch seinen Gläubiger gepfändet sind, ein weiteres Konto zu eröffnen und Zahlungen seiner Schuldner auf dieses freie Konto zu leiten, steht diese **Unterlassung einer Rechtshandlung nicht gleich.**

b) Beweisanzeichen der Inkongruenz

- **BGH ZIP 2012, 137 Rn. 10:** Ein erhebliches Beweisanzeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners ist nach der Rechtsprechung des Senats gegeben, wenn der Gläubiger eine Befriedigung erhält, die er nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat, mithin eine inkongruente Befriedigung.
- **BGH ZIP 2012, 2355:** Erlangt ein Gläubiger mehrere Monate nach einem **von ihm** gegen den Schuldner **gestellten Insolvenzantrag** durch diesen Befriedigung seiner Forderung und nimmt er anschließend den Antrag zurück, kann die Vorsatzanfechtung unter dem Gesichtspunkt einer inkongruenten Deckung durchgreifen.
- **BGH ZIP 2013, 2368:** Das einen Benachteiligungsvorsatz und dessen Kenntnis nahelegende Beweisanzeichen der Inkongruenz setzt voraus, dass ernsthaftige **Zweifel an der Liquiditätslage des Schuldners** bestehen.

3. Bargeschäfte

- § 142 InsO:
Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind.
- Voraussetzungen:
 - Leistung des Schuldners
 - Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung
 - Unmittelbarkeit („30 Tage“)
 - Gleichwertigkeit der Leistungen
- Verhältnis §§ 133 Abs. 1 InsO zu § 142 InsO
 - Liegen die Voraussetzungen von § 133 Abs. 1 InsO vor, schließt das Bargeschäft getreu dem Wortlaut von § 142 InsO die Anfechtung nicht aus.
 - Bargeschäft kann aber Gegenindiz dafür sein, dass die subjektiven Voraussetzungen von § 133 Abs. 1 InsO nicht vorliegen.

- BAG ZIP 2014, 628 Rn. 84: Bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder in bargeschäftsähnlichen Lagen ist deshalb stets zu prüfen, ob die Zahlung im Einzelfall tatsächlich den Rückschluss auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Anfechtungsgegners zulässt.
- Allein das Bewusstsein der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit genügt bei einem bargeschäftsmäßigem Leistungsaustausch nicht, um den Vorsatz für eine spätere, nur mittelbare Beeinträchtigung zu unterstellen. Vielmehr erscheint in solchen Fällen die Annahme naheliegender, dass dem Schuldner im Hinblick auf den gleichwertigen Leistungsaustausch die spätere mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden ist. Jedenfalls verbietet sich die pauschale Annahme des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes aufgrund eines bloßen Indizes [*Fischer*, NZI 2008, 588 (594); *Ganter*, WM 2014, 49 (51); *Kayser*, NJW 2014, 422 (427); *Gehrlein*, DB 2013, 2843 (2844, 2845, 2847); *ders.*, NZI 2014, 481 (483, 486 f.)].
- Da die subjektiven Tatbestandsmerkmale (Vorsatz, Kenntnis) in Rede stehen, genügt, dass sich die Beteiligten ein Bargeschäft (Ausschluss unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung) vorstellen (*Fischer* aaO).

1. Ist der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig, genießen Lohnzahlungen seines insolventen Arbeitgebers, die binnen 30 Tagen nach Fälligkeit bewirkt werden, das Bargeschäftsprivileg.
2. Die einen Benachteiligungsvorsatz und seine Kenntnis nahelegenden Beweisanzeichen können zurücktreten, wenn der Schuldner eine kongruente Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines eigenen Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im allgemeinen nützt. Zu den für die Unternehmensfortführung unverzichtbaren Gegenleistungen gehört auch die Tätigkeit der Arbeitnehmer.
3. Wird eine Gehaltsforderung an einen Gesellschafter nach den Grundsätzen des Bargeschäfts gedeckt, liegt darin keine Befriedigung einer einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Forderung.

- [Ls.] Trifft ein zahlungsunfähiger Schuldner mit seinem Auftraggeber (Bauherrn) und seinem Lieferanten vor der Fälligkeit der nächsten Werklohnrate die Vereinbarung, dass der Kaufpreis für die von dem Lieferanten zu liefernden Bauteile von dem Auftraggeber vor der Lieferung direkt gezahlt werde, kann in der vom Schuldner veranlassten Direktzahlung eine kongruente Deckung liegen und der Schuldner trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit ohne Benachteiligungsvorsatz handeln.
- [28] Entsprechendes [Beweisanzeichen Zahlungsunfähigkeit] gilt bei Bardeckungen, soweit hierbei eine Gläubigerbenachteiligung wenigstens mittelbar eintreten kann. Insbesondere ist derjenige nicht schutzbedürftig, der dem Schuldner einen Vermögensgegenstand zu einem angemessenen Preis, aber in dem Wissen abkauft, dass der Schuldner den Erlös seinen Gläubigern entziehen will. Gerade eine bewusste und erkannte Bevorzugung Einzelner soll zugunsten des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Gläubiger verhindert werden (BGHZ 123, 320, 324 zu § 31 Nr. 1 KO).
- [29] Dagegen ist ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz in aller Regel nicht gegeben, wenn der Schuldner in einem engen zeitlichen Zusammenhang eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringt, welche zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt (BGH NJW 1997, 3028, 3029; BAG ZIP 2014, 37 Rn. 69). Dies gilt auch dann, wenn Schuldner und Anfechtungsgegner Vorkasse für die von diesem erbrachten Leistungen vereinbart haben (BGH NZI 2009, 723 Rn. 2). Der subjektive Tatbestand kann mithin entfallen, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit den potentiell anfechtbaren Rechtshandlungen eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet (vgl. Gehrlein in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl. § 133 Rn. 28; HK-InsO/Kreft, 7. Aufl., § 133 Rn. 17; Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, 18. Aufl., § 133 Rn. 58; MünchKomm-InsO/Kayser, aaO § 133 Rn. 33a ff; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2012, § 133 Rn. 42; Ganter, WM 2014, 49, 50 f; Kayser, NJW 2014, 422, 427).

4. Sanierungsbemühungen

BGH ZIP 2012, 984 Rn. 41:

Die einen Benachteiligungsvorsatz nahelegenden Beweisanzeichen der Inkongruenz und der erkannten Zahlungsunfähigkeit können durch die Umstände des Einzelfalls entkräftet sein, wenn diese ergeben, dass die angefochtene Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet war und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger infolgedessen in den Hintergrund getreten ist (Sanierungsversuch).

BGH ZIP 2013, 894 Rn. 11:

- Sowohl der Gesichtspunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit als auch derjenige der Inkongruenz können ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners verlieren, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines **ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs** ist.
- Denn in diesem Fall ist die Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet, und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt infolgedessen in den Hintergrund.
- Voraussetzung ist, dass zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein **schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt.**

1. Auftragsgegenstand
2. Basisinformationen
3. Krisenstadium
4. Leitbild
5. Maßnahmen
6. Integrierte Sanierungsplanung
7. Sanierungsfähigkeit
8. Nachhaltigkeit
9. Sofortmaßnahmen
10. Sanierungskonzept in Stufen

Prütting ZIP 2013, 203

5. Ratenzahlungsvereinbarungen

BGH ZIP 2008, 420:

Nimmt eine Bank Ratenzahlungen des Schuldners entgegen, die sie mit diesem in einem Stillhalteabkommen vereinbart hat, so ist zu vermuten, dass sie die Absicht des Schuldners kennt, die Gläubiger zu benachteiligen, wenn sie weiß, dass der Schuldner noch weitere Gläubiger hat, die erfolglos zu vollstrecken versucht haben, und die Raten auch nur unregelmäßig gezahlt werden.

- Zur Finanzierung des Geschäftsbetriebs gewährte die Beklagte der Schuldnerin einen am 30. Dezember 2002 zur Rückzahlung fälligen Kredit über 5.300.000 DM.
- Nach einem Kreditgespräch teilte die Beklagte der Schuldnerin mit Schreiben vom 27. Dezember 2002 mit, dass sie bereit sei, den zur Rückzahlung fälligen Kredit um drei Monate zu prolongieren.
- Die Schuldnerin zahlte am 28. März 2003 100.000 €, am 22. April 2003 38.000 € und am 16. Mai 2003 25.000 € an die Beklagte.
- Nach Insolvenzeröffnung verlangt der Insolvenzverwalter Rückzahlung dieser Tilgungen.

- Sollte sich ein Vorsatz der Schuldnerin, ihre Gläubiger zu benachteiligen, feststellen lassen, liegt die Annahme nahe, dass die Beklagte Kenntnis von zumindest drohender Zahlungsunfähigkeit und von der gläubigerbenachteiligenden Wirkung der Zahlungen hatte (§ 133 I 2), weil sie von der Schuldnerin sowohl über die Umschuldungsverhandlungen informiert als auch - wie das Landgericht festgestellt hat - über ihre allgemeine wirtschaftliche Situation auf dem Laufenden gehalten wurde.

BGH ZIP 2013, 228 Rn. 33:

- Die hier verwirklichte Zahlungseinstellung konnte nur abgewendet werden, indem die Schuldnerin alle **Zahlungen wieder aufnahm**. Dies hat derjenige zu beweisen, der sich darauf beruft. Hat der anfechtende Verwalter für einen bestimmten Zeitpunkt den ihm obliegenden Beweis der Zahlungseinstellung des Schuldners geführt, muss der Anfechtungsgegner grundsätzlich beweisen, dass diese Voraussetzung zwischenzeitlich wieder entfallen ist.
- Für den nachträglichen Wegfall **der subjektiven Anfechtungsvoraussetzung** der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gilt Entsprechendes. Ein Gläubiger, der von der einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wusste, hat darzulegen und zu beweisen, warum er später davon ausging, der Schuldner habe seine Zahlungen möglicherweise allgemein wieder aufgenommen. Diesen Beweisanforderungen hat die Beklagte weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht genügt.
- BGH ZIP 2013, 228 Rn. 42: Die Kenntnis des Gläubigers von einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit **entfällt nicht durch** den Abschluss einer von dem Schuldner **vereinbarungsgemäß bedienten Ratenzahlungsvereinbarung**, wenn bei dem gewerblich tätigen Schuldner mit weiteren Gläubigern zu rechnen ist, die keinen vergleichbaren Druck zur Eintreibung ihrer Forderungen ausüben.

- Nachdem die spätere Insolvenzschuldnerin ihren Zahlungsverpflichtungen aus einem Dauerschuldverhältnis mit dem Gläubiger nicht mehr nachkam, schlossen die beiden Gesellschaften eine Stundungsvereinbarung.
 - a) Die Stundungsvereinbarung sieht eine niedrigere monatliche Rate bei entsprechender Verlängerung der Laufzeit des (Leasing-)Vertrages vor.
 - b) Die Stundungsvereinbarung sieht einerseits die Zahlung der monatlichen Raten und andererseits durch separate
- Später wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Welche Argumente sprechen für/gegen die Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO?

Problem: subjektive Merkmale des § 133 Abs. 1 InsO

- Indizien für deren Vorliegen

- Abschluss der Stundungsvereinbarung als Ausdruck von zuvor bestehender (drohender) Zahlungsunfähigkeit?
- Üblicherweise genügt eine (auch bediente) Ratenzahlungsvereinbarung nicht zum Nachweis der Überwindung der Zahlungsunfähigkeit

- Gegenanzeichen

bargeschäftsmäßige Abwicklung:

- Keine Deckung von Altverbindlichkeiten
- Gleichwertigkeit von Raten und Überlassung

6. Vorsichterschieben einer Bugwelle

- BGH ZIP 2013, 2318: Tilgt der Schuldner Sozialversicherungsbeiträge über einen Zeitraum von zehn Monaten jeweils mit einer Verspätung von drei bis vier Wochen, kann das Tatgericht zu der Würdigung gelangen, dass der Sozialversicherungsträger allein aus diesem Umstand nicht auf eine Zahlungseinstellung des Schuldners schließen musste.
- BGH ZIP 2012, 1422: Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung durfte das beklagte Land schon deshalb nicht von bloßen Zahlungsstockungen ausgehen, weil der in den Steuerrückständen zum Ausdruck kommende Liquiditätsengpass der Schuldnerin nicht innerhalb von drei Wochen geschlossen werden konnte, sondern vielmehr in den Jahren 2004 und 2005 noch stetig angestiegen ist, und allein die rückständigen Steuerschulden auch so erheblich waren, dass von einer lediglich geringfügigen Liquiditätslücke nicht die Rede sein kann.

BGH ZIP 2013, 79 Rn. 8:

- Von der Nichtzahlung einer nach § 271 I BGB fälligen Forderung darf nicht schematisch auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden.
- Eine Forderung ist vielmehr nur dann zu berücksichtigen, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der **Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt**. Hierfür genügen sämtliche fälligkeitsbegründenden Handlungen des Gläubigers, gleich ob die Fälligkeit aus der ursprünglichen Vertragsabrede oder aus einer nach Erbringung der Leistung übersandten Rechnung herrührt.
- Eine zusätzliche Rechtshandlung im Sinne eines **Einforderns** ist daneben entbehrlich. Dieses Merkmal dient allein dem Zweck, solche fälligen Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit auszuschließen, die rein tatsächlich - also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung - gestundet sind.

BGH ZIP 2014, 1289:

Setzt die Finanzbehörde die Vollziehung eines Steuerbescheides wegen ernstlicher Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit aus, fordert sie den festgesetzten Betrag für die Dauer der Aussetzung nicht mehr ernsthaft ein.

7. Sicherheitenverwertung

BGH ZIP 2012, 1301 Rn. 43:

- Gläubigerbenachteiligung

Keine Gläubigerbenachteiligung bei „freihändiger Sicherheitenverwertung im Umfange des Wertes der Sicherheit (BGH ZIP 2012, 1301 Rn. 43)
- Schuldnerhandlung
 - Eine Rechtshandlung des Schuldners im Sinne des § 133 Abs. 1 ist dabei auch dann gegeben, wenn eine andere Person die Handlung im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Schuldner vornimmt.
 - Nach diesem Maßstab beruht der Eingang der Kaufpreise aus dem Verkauf der Filialen in Höhe von 1.3 Mio. € auf dem Kontokorrentkonto auf einer Rechtshandlung der Schuldnerin, weil sie mit den Erwerbern vereinbart hatte, die Zahlungen seien auf das bei der Beklagten geführte Konto zu leisten.
- Subjektive Merkmale

Da ein Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, regelmäßig mit dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 133 Abs. 1 handelt, liegt die Annahme nahe, die Schuldnerin habe mit dem Vorsatz gehandelt, die Gesamtheit ihrer Gläubiger zu benachteiligen, indem sie der Beklagten im Wege der Verrechnung den Zugriff auf die erlösten Kaufpreise eröffnete.

IV. Fazit und Ausblick

1. Von der dem Gläubiger erkennbaren (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners darf nicht vorschnell auf die Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO geschlossen werden.
2. Es sind vielmehr unterschiedliche Fallgruppen und ihre Besonderheiten exakt zu unterscheiden.
3. Entlastende Wirkung kommt insbesondere dem Bargeschäft zu.
4. De lege lata ist zu kritisieren, dass der BGH in Anknüpfung an § 133 Abs. 1 S. 2 InsO bereits Kenntnis von drohender Zahlungsunfähigkeit als Indiz für die subjektiven Merkmale genügen lässt. Denn damit entsteht ein Wertungswiderspruch zu §§ 15a, 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO, § 64 GmbHG.
5. De lege ferenda genügen zu § 133 Abs. 1 InsO geringe Korrekturen.
6. Allerdings sollte, um das Spannungsverhältnis zu §§ 130 f. InsO zu lösen, in einem Satz 3 des § 133 Abs. 1 die Anfechtung einer Deckung vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ausgeschlossen werden.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

florian.jacoby@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/